



# La *class action* e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica



Domitilla Vanni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *class action* in Italia. – 3. La *class action* in Inghilterra. – 4. La *class action* negli USA. – 5. Cenni sui *punitive damages* negli ordinamenti di *common law*: Inghilterra e USA. – 6. Cenni sui danni punitivi nell'ordinamento italiano. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

La funzione di deterrenza delle condotte illecite, svolta dalla giustizia civile, secondo un processo già da decenni avviato negli Stati Uniti d'America, comincia a fare capolino negli ordinamenti di tradizione romanistica e, tra questi, in particolare, nell'ordinamento italiano, tradizionalmente basato – a differenza del modello statunitense di *common law* – sulla netta separazione tra tutela penale e tutela civile<sup>1</sup>, cui per lungo tempo è stata attribuita una esclusiva funzione compensativa<sup>2</sup>.

Gli ostacoli allo svolgimento della funzione di deterrenza nei sistemi romanistici non sono esigui, se si considera che tutta l'impalcatura giuridica di questi sistemi, prima fra tutti l'ampiezza del potere giurisdizionale, nonché la limitata gamma degli strumenti di tutela civilistica esistenti, allo stato attuale mal si prestano a consentire un efficace svolgimento di tale imprescindibile funzione.

Il processo, alla cui realizzazione ha certamente contribuito l'imponente fenomeno della globalizzazione economica, con i suoi effetti uniformatori delle discipline vigenti nei diversi ordinamenti<sup>3</sup>, è comunque avviato e appare improrogabile esaminarne pregi e difetti anche al fine di colmarne le eventuali lacune.

La *class action* o azione collettiva risarcitoria è il più efficace degli strumenti con

---

<sup>1</sup> Sull'approfondimento del tema della responsabilità civile in prospettiva comparatistica v. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

<sup>2</sup> V. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008, 239 ss.

<sup>3</sup> V. C. AMATO-G. PONZANELLI, *Global law v. Local law, Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino 2006.

funzione di deterrenza delle condotte illecite vigenti nell'ordinamento americano e di recente introdotti, anche su sollecitazione degli organismi comunitari<sup>4</sup> – sia pur con delle rilevanti differenze che ne riducono le potenzialità applicative – nel nostro ordinamento; accanto ad essa – benché non scevri da censure e tutt'ora non ammessi dalla giurisprudenza italiana<sup>5</sup> – meritano attenzione per una esaustiva esposizione sistematica i *punitive damages* o danni punitivi, da tempo utilizzati nel sistema statunitense, su cui tuttavia la stessa Corte suprema statunitense si è di recente pronunciata nel senso di circoscriverne l'utilizzo e la portata applicativa<sup>6</sup>.

L'esame dei due istituti appare di particolare interesse, oltre che per la sua utilità pratica, al fine di rendere più efficiente la giustizia civile sotto il profilo della repressione delle condotte illecite, anche come occasione di confronto tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, la cui linea divisoria appare oggi, attraverso la fondamentale ed imprescindibile opera svolta dalla micro-comparazione, sempre meno nitida e significativa.

## 2. La class action in Italia

Con la recente legge 23 luglio 2009, n. 99<sup>7</sup>, ancora una volta, l'istituto della *class action* è stato oggetto di attenzione del legislatore italiano per un suo intervento riformatore in materia.

In precedenza l'art. 2, 446° comma della legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) aveva inserito nel Codice del consumo un nuovo art. 140 *bis*, prevedente l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori<sup>8</sup>. Si trattava di un'azione giudiziale di gruppo, proponibile da associazioni rappresentative di consumatori e di utenti nei confronti di imprese per specifici illeciti contrattuali ed extracontrattuali. L'azione mirava ad ottenere una pronuncia di accertamento della lesione degli interessi di una determinata categoria di persone con la conseguente dichiarazione dell'esistenza del diritto al risarcimento della stessa categoria. Subordinatamente all'esito positivo della sentenza di accertamento, seguiva una fase conciliativa finalizzata alla quantificazione del risarcimento individuale.

Così, accanto alla tradizionale, ed insufficiente, tutela inibitoria già prevista a tute-

---

<sup>4</sup> L'importanza per i consumatori di disporre di mezzi di ricorso efficaci, anche attraverso azioni collettive, è da tempo sottolineata a livello comunitario sia dal Parlamento Europeo (recentemente con la risoluzione sulla strategia della politica dei consumatori adottata nel 2008) sia dal Consiglio. La Commissione delle Comunità Europee ha quindi presentato un Libro Verde nel novembre 2008 (COM 2008 794 def.) sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, aprendo la consultazione pubblica sino al 1° marzo 2009.

<sup>5</sup> V. Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Foro It.*, 2007, I, 1460 e s. con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*.

<sup>6</sup> Cfr. per tutte *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, U.S. 408 2003.

<sup>7</sup> Pubblicata nella *G.U.R.I.* 31 luglio 2009, n. 176.

<sup>8</sup> Per la ricostruzione dell'iter legislativo sia consentito il rinvio ad un mio precedente lavoro, *Spunti comparatistici in tema di class action*, in *www.ratioiuris.it*, *Ratio iuris*, rivista giuridica elettronica, 2007, n. 13.

la dei consumatori dall'originario art. 140 del codice del consumo<sup>9</sup>, l'ordinamento italiano aveva introdotto, seppur in modo alquanto carente dal punto di vista dell'efficienza applicativa, una prima forma di tutela risarcitoria modellata sulla scorta del modello nord-americano, anche se caratterizzata da profonde differenze rispetto ad esso, su cui ci soffermeremo nei paragrafi che seguono.

In realtà quella prima forma di azione di classe non ha mai trovato applicazione, in quanto il relativo termine di entrata in vigore è stato per ben due volte prorogato<sup>10</sup> fino alla sua abrogazione per effetto dell'entrata in vigore di una successiva legge che ha introdotto l'attuale azione collettiva risarcitoria.

In particolare, l'art. 49 della citata legge n. 99/2009<sup>11</sup>, intitolato "Modifica dell'art. 140 *bis* del codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206", ha successivamente riformato la disciplina della *class action* nel senso di prevedere – piuttosto che un'azione di classe – una vera e propria azione collettiva risarcitoria individuale. In primo luogo ciò che è mutato rispetto alla pregressa disciplina sono i confini della legittimazione ad agire, non più relegata alle associazioni e comitati<sup>12</sup> ma estesa a "ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa"<sup>13</sup>.

La modifica non è di modesta entità se si consideri che le situazioni giuridiche soggettive considerate meritevoli di tutela non sono più genericamente quelle nascenti da rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., cioè da contratti conclusi mediante moduli o formulari, tutelate dalla precedente azione di classe, bensì, in senso più ampio e con connotazione individualistica, in primo luogo i "diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c."<sup>14</sup>. Come rilevato da autorevole dottrina però<sup>15</sup>, a ben vedere, la nuova disciplina delimita il campo di azione dell'azione collettiva; e ciò sia con riferimento all'ambito oggettivo, non riguardando tutte le tipologie di illecito, contrat-

<sup>9</sup> Di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>10</sup> Infatti l'art. 2, 447° comma della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che stabiliva il termine di entrata in vigore dell'istituto della *class action*, è stato modificato una prima volta dall'art. 19 del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14 e successivamente dall'art. 16 della legge 3 agosto 2009, n. 102 "recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali" con cui il termine di diciotto mesi è stato sostituito dal termine di ventiquattro mesi.

<sup>11</sup> Intitolata "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia", che a sua volta recepisce l'art. 30 *bis* dell'A.S. 1195-A ("collegato energia").

<sup>12</sup> In particolare potevano agire in giudizio esclusivamente "le associazioni inserite nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale custodito presso il Ministero dello Sviluppo Economico" e le associazioni e i comitati che fossero "adeguatamente rappresentativi" degli interessi collettivi fatti valere (secondo una valutazione che, nel silenzio della legge, dovrebbe essere compiuta dal Giudice).

<sup>13</sup> Come recita il nuovo art. 140 *bis*, 1° comma sostituito dall'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99.

<sup>14</sup> Come previsto dal 2° comma, lett. a) dell'art. 140 *bis* riformato.

<sup>15</sup> V. FRIGNANI-VIRANO, *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in *www.judicium.it*, *Judicium e processo civile in Italia e in Europa*, rivista elettronica, 2010.

tuale ed extracontrattuale, ma soltanto un ristretto numero di casi indicati dall'art. 140 *bis*, 2° comma<sup>16</sup>, sia con riferimento all'ambito soggettivo di utilizzazione dell'azione collettiva. Infatti l'art. 140 *bis*, 1° comma, cod. consumo, che riconosce la legittimazione attiva ai consumatori ed utenti, va letto in collegamento con l'art. 3, lett. a) dello stesso codice, che definisce il consumatore come qualsiasi "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta". Pertanto non potranno esercitare l'azione collettiva le società ed i soggetti che esercitano, anche in forma individuale, un'attività d'impresa o professionale.

Alla tutela di questi diritti contrattuali si aggiunge nella nuova disciplina la tutela di diritti di natura risarcitoria derivanti da illeciti extracontrattuali, che abbiano leso una pluralità di consumatori o utenti<sup>17</sup>, con riferimento specifico alle ipotesi di danno da prodotto difettoso, e da quelli nascenti da pratiche commerciali scorrette<sup>18</sup> o comportamenti anticoncorrenziali plurioffensivi<sup>19</sup>.

Parte della dottrina ha ritenuto l'estensione ai singoli componenti della classe della legittimazione ad agire maggiormente coerente con il dettato costituzionale ed in particolare con l'art. 24 Cost., secondo cui la facoltà di agire in giudizio spetta a ciascun soggetto, ed in grado di risolvere i problemi di sostituzione processuale anomala, cioè di difficile individuazione della titolarità degli interessi collettivi, che la precedente disciplina poneva<sup>20</sup>; ma, al contempo, sono stati sollevati dubbi sulla natura di azione di classe<sup>21</sup> ritenendo piuttosto configurabile un'azione plurisoggettiva riconducibile al litisconsorzio facoltativo, di cui all'art. 103, 1° comma, c.p.c. Per altro verso, nel silenzio

---

<sup>16</sup> E cioè in particolare nei casi di violazione di: a) "diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c."; b) "diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale"; c) "diritti identici al ristoro del pregiudizio derivanti agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette", o con riferimento ai d) "danni da comportamenti anticoncorrenziali, cioè derivanti dalla violazione della normativa *antitrust*" (cioè legge 10 ottobre 1990, n. 287 o altre norme a tutela della concorrenza).

<sup>17</sup> Come indicato nella nota precedente, letteralmente l'art. 140 *bis*, 2° comma, lett. b) parla di "diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale". Nonostante la nuova norma abbia eliminato il riferimento agli "atti illeciti extracontrattuali" si ritiene, in dottrina, che l'azione possa avere ad oggetto anche la domanda di risarcimento danni ai sensi dell'art. 2043 c.c., considerato che "i diritti individuali omogenei dei consumatori, di cui alle lettere a) e b) si possono configurare anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale": così RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e Impresa*, 2010, I, 14.

<sup>18</sup> Si tratta di condotte contrarie alla diligenza professionale accompagnate dall'idoneità della stessa a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore.

<sup>19</sup> I comportamenti anti-concorrenziali che possono rilevare in questa sede sono esclusivamente quelli che abbiano recato pregiudizio ai consumatori o agli utenti.

<sup>20</sup> V. GALLETTO, *L'azione di (seconda classe)*, *Considerazioni sul novellato art. 140 bis del Codice del consumo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, Parte II, 539 ss.

<sup>21</sup> Ritiene incompatibile l'eliminazione del contraddittorio con il sistema italiano, per il quale il giudizio non è validamente instaurato se le parti necessarie non avuto modo di costituirsi regolarmente GALGANI, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 104, nt. 73.

del legislatore, sono sorte perplessità sulla forma, a seconda se individuabile nella scrittura privata o in quella autenticata, e sul contenuto del mandato che il singolo consumatore o utente può conferire ad una associazione o comitato; sembrerebbe cioè configurabile un conflitto con le norme codicistiche sulla rappresentanza volontaria di cui all'art. 77 c.p.c., che imporrebbe l'esistenza del potere di rappresentanza sostanziale, laddove si configurasse in capo alle associazioni e comitati un potere di mera rappresentanza processuale<sup>22</sup>.

A compensare questo apparente ampliamento di tutela sul piano della legittimazione attiva e delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili, per le quali, come abbiamo visto, opera una serie di rilevanti delimitazioni, la nuova disciplina prevede espressamente un restringimento delle potenzialità applicative in sede di verifica da parte dell'organo giurisdizionale dei presupposti di ammissibilità della domanda attraverso la previsione di un vero e proprio "filtro all'ingresso"<sup>23</sup> per un consistente numero di cause di inammissibilità. Accanto alle due cause già previste dalla pregressa normativa, e cioè la manifesta infondatezza della domanda o la sussistenza di un conflitto di interessi, la nuova disciplina prevede altre due cause di inammissibilità laddove il giudice non ravvisi l'identità dei diritti individuali per la cui violazione è causa e laddove il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe<sup>24</sup>. È stato ben rilevato in dottrina<sup>25</sup> che la definizione della classe, ed in particolare l'elaborazione dei criteri da utilizzare per ammettere o escludere i consumatori o utenti dalla partecipazione all'azione, sia una delle attività più delicate riservate dal legislatore al Giudice, pur trattandosi di un'azione fondata sul meccanismo processuale dell'*opt-in*.

Occorre preliminarmente ricordare che in astratto esistono due diversi meccanismi di adesione al giudizio promosso con azione collettiva. Taluni ordinamenti, primo fra tutti quello statunitense, prevedono il regime dell'*opt-out* nel senso che la sentenza pronunciata con riferimento ad una *class action* produce i suoi effetti nei confronti di tutti gli appartenenti alla *class*, i cui requisiti di appartenenza sono individuati dal giudice in sede di filtro di ammissibilità dell'azione; in tali sistemi l'adesione al giudizio è automatica per ogni appartenente alla *class* e soltanto chi non voglia subire le conseguenze del giudicato deve tempestivamente dichiararlo con proprio atto formale.

In altri ordinamenti, invece, vige il regime di *opt-in*: il giudicato esplicherà i suoi effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti che, con atto formale, abbiano dichiarato espressamente la propria volontà di aderire al giudizio.

Il nostro legislatore, nel mantenere il regime dell'*opt-in*, ha riservato al Giudice il compito di fissare con ordinanza "termini e modalità della pubblicità" e soprattutto di definire "i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione". Quest'attività giudiziale ha una rilevanza centrale nella disci-

<sup>22</sup> Cfr. GALLETTO, *op. cit.*, 540.

<sup>23</sup> Paragonabile al *Certification Order* della *Rule 23* statunitense, su cui si vedrà in seguito.

<sup>24</sup> Come prevede l'art. 140 *bis*, 6° comma.

<sup>25</sup> V. FRIGNANI-VIRANO, *cit.*

plina della *class action*, sia in termini di giustizia sostanziale che sotto il profilo dell'economia processuale, perché dalla chiarezza e correttezza dei criteri fissati giudizialmente deriverà la facile individuazione dell'omogeneità dei "diritti individuali" fondanti le successive domande di adesione alla *class action* che potranno essere presentate da altri membri della classe nel corso del processo fino al termine perentorio fissato dal Giudice. Con riguardo a quest'ultimo, è da notare l'introduzione di una tempistica ancor più stringente rispetto alla precedente, prevedendosi che il Giudice fissi "un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità", a differenza della precedente disciplina che consentiva l'adesione dei soggetti appartenenti alla *class* fino alla conclusione del giudizio di appello. Inoltre viene specificamente escluso l'intervento volontario di terzi ex art. 105 c.p.c., precedentemente ammesso.

In primo luogo, come già accennato, la scelta del regime di *opt-in* piuttosto che di quello di *opt-out*, che prescinde dal consenso dei singoli componenti la classe in ordine alla partecipazione all'azione, così come la previsione della legittimazione individuale, accanto a quella di associazioni e comitati, sembrano dettate dall'esigenza di compatibilità con i principi generali dell'ordinamento ed in primis con quelli costituzionali<sup>26</sup>.

Quanto alla legittimazione passiva, come era previsto per la precedente forma di *class action*, essa spetterebbe a tutte le imprese cioè a tutti quei soggetti che, in forma individuale o societaria, il nostro ordinamento fa rientrare nella ampia categoria di impresa<sup>27</sup>. Restano esclusi gli enti pubblici<sup>28</sup>, mentre si ritiene rientrino tra i soggetti passivi le imprese pubbliche e quelle che gestiscono servizi pubblici. Resta il dubbio sui professionisti, che non sembrano rientrare tra i soggetti passivi dell'azione posto che il termine impresa va letto nel senso proprio che gli attribuisce il codice civile all'art. 2082<sup>29</sup>.

Altre perplessità sorgono in ordine ai rapporti e alle possibili interferenze tra azione inibitoria e azione risarcitoria, su cui regna il silenzio del legislatore, se si consideri che la più recente giurisprudenza, nell'ambito di azioni collettive inibitorie di pratiche commerciali scorrette o di clausole vessatorie, ha imposto la restituzione ai singoli consumatori di somme indebitamente percepite<sup>30</sup>.

Nonostante l'incisività e l'ampiezza dell'intervento del legislatore italiano, nel pas-

<sup>26</sup> Su questi temi, v. P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, 2228; LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 273.

<sup>27</sup> V. FRIGNANI-VIRANO, *op. cit.*, 5.

<sup>28</sup> Vi è attualmente nel nostro ordinamento una proposta di introduzione di *class action* nei confronti della Pubblica Amministrazione. In particolare, l'attuale Governo il 15 ottobre 2009 ha approvato una "bozza di decreto legislativo" in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, contenente una forma di *class action* nel settore pubblico che si prefigge l'obiettivo di ottenere il "sollecito ripristino dell'efficienza del servizio" piuttosto che il risarcimento del danno. Sulla proposta v. <http://www.innovazione.gov.it/ministro/salastampa/notizie/6766.htm>.

<sup>29</sup> Così FRIGNANI-VIRANO, *cit.*

<sup>30</sup> Cfr. ad esempio Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, in *Giur. It.*, 2008, 2794 ss., con nota di DE SANTIS.

saggio dalla precedente alla nuova disciplina, si percepisce unanimemente in dottrina un'occasione mancata di riforma soprattutto con riguardo al delicato e cruciale aspetto dell'adesione al giudizio.

Appare evidente la mancanza di completezza e l'insufficienza della nuova disciplina per un'efficace applicazione dello strumento della *class action*, oltre alle fondate perplessità circa i possibili abusi di un istituto che – alla stregua del modello statunitense – si presta a divenire strumento di guadagno per pochi a scapito dei numerosi membri di una classe<sup>31</sup>, anche se alcuni autori hanno posto in luce gli effetti positivi della riforma legati al tramonto di una *class action* azionabile per qualsiasi tipo di *mass-tort* indipendentemente dalla identità tra i diritti soggettivi degli appartenenti alla classe e ne auspica una non tumultuosa stagione di sperimentazione<sup>32</sup>.

L'esposizione del contenuto delle norme legislative italiane di recente introduzione è abbastanza indicativo delle carenze e contraddizioni di un istituto ancora giovane e non consolidato e offre lo spunto per un confronto con esperienze più consolidate, in grado di offrirsi agli altri ordinamenti come modelli giuridici, destinati a subire l'affascinante fenomeno circolatorio<sup>33</sup>.

### 3. La *class action* in Inghilterra

Malgrado parte della dottrina inglese abbia ravvisato l'esistenza di forme embrionali di *class action* già nel *common law*<sup>34</sup>, è comunemente condivisa l'idea che l'istituto affondi le sue radici nel diritto di *equity*.

E ciò in quanto soltanto le azioni in *equity* – diversamente da quelle rigidamente formalistiche del *common law*, c.d. *at law* – consentivano in modo ampio il litisconsorzio, in applicazione di una regola di giustizia sostanziale secondo cui doveva ritenersi necessaria la partecipazione di chiunque avesse un interesse connesso all'oggetto della causa (c.d. *Necessary Parties Rule*); sicché ogniqualvolta nei confronti delle *necessary parties* non fosse stato integrato il contraddittorio in violazione di tale regola, di fronte alle numerose eccezioni di improcedibilità per difetto del contraddittorio, veniva dichiarata dalla Corte irrilevante l'assenza di quelle parti che, pur non presenti, fossero “virtualmente rappresentate”. Queste decisioni rappresenterebbero il nucleo origina-

<sup>31</sup> Condivide queste perplessità P.F. GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006, 66, in cui si sottolinea la qualità di imprenditore dell'avvocato statunitense ed il suo centrale ruolo nell'intero sistema delle *class actions* americane, in cui la prospettiva di ricevere un lauto compenso diventa il vero incentivo affinché lo stesso assuma in proprio i rischi sul risultato e sui costi della causa. In tal senso si è detto che i *class representatives* statunitensi siano uomini di paglia trovati dai legali i quali, una volta iniziata la lite, divengono i veri *domini* della lite; così GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996, 263.

<sup>32</sup> Così C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140 bis e la class action consumistica*, in *Corriere Giur.*, 2009, 10, 1309 ss.

<sup>33</sup> Sul tema della *class action* in prospettiva comparatistica v. FRIGNANI-VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2009, I, 5.

<sup>34</sup> Così MARCIN, *Searching for the Origin of the Class Action*, 23 *Catholic U.L.Rev.* 515 (1974) e YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987, 38.

rio della moderna *class action*: le c.d. *representative suites*<sup>35</sup>. Il fenomeno sorto nel Regno Unito, a causa della successiva riforma giudiziaria<sup>36</sup> che portò all'unificazione delle giurisdizioni di *equity* e di *common law*, pian piano perse il suo originario vigore<sup>37</sup> mentre nel XIX secolo si andava rapidamente diffondendo negli Stati Uniti con una sua peculiare ed autonoma configurazione.

In Inghilterra oggi le controversie con una pluralità di parti, c.d. *Multy Party Litigation*, possono assumere tre diverse forme: 1) *Representative Proceedings*, cioè azioni in rappresentanza; 2) controversie di massa disciplinate da un *Group Litigation Order*; 3) controversie connesse tra loro, una sorta di litisconsorzio attivo, piuttosto semplici dal punto di vista procedurale<sup>38</sup>.

La prima categoria è costituita da controversie in cui la parte processuale è esclusivamente il rappresentante. La normativa vigente<sup>39</sup> prevede che quando più persone hanno il medesimo interesse alla proposizione della domanda, la domanda possa essere introdotta – oppure la Corte può ordinare che la causa sia proposta – da o contro una o più persone che abbiano lo stesso interesse in qualità di rappresentanti di qualunque altra persona che abbia lo stesso interesse. La sentenza giudiziaria, a meno che la Corte non disponga altrimenti, è vincolante nei confronti di ogni persona rappresentata nella controversia ma può essere fatta valere da o contro chi non è parte solo con il permesso della Corte. Questo strumento appare molto efficace nelle controversie che coinvolgono un elevato numero di soggetti come nel caso *Equitable Life*<sup>40</sup> in cui una compagnia di assicurazioni sulla vita, convenuta in giudizio, promosse un'azione in rappresentanza, sì che la House of Lords con la sua pronuncia diede un'interpretazione autentica di una clausola del contratto di assicurazione vincolante per novantamila assicurati.

<sup>35</sup> La casistica comprendeva essenzialmente tre tipologie di controversie: 1) quelle relative al *bill of peace*, strumento tipico del giudizio di equità, riguardante questioni che coinvolgevano una pluralità di parti che – a causa dell'inammissibilità del litisconsorzio – sarebbero rimaste prive di tutela in *common law*; 2) quelle promosse da e contro i membri di *unincorporated associations*, aventi ad oggetto gli affari delle società, in cui sarebbe stato necessario il litisconsorzio di tutti i soci a pena di improcedibilità della domanda; 3) le controversie in tema di creditor bills, in cui si nominava un amministratore (*master*) con il compito di liquidare un dato patrimonio e distribuirne il ricavato tra tutti i creditori.

<sup>36</sup> Si tratta della Riforma dei Judicature Acts del 1873-1875 su cui v. diffusamente CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Padova, 2000.

<sup>37</sup> Sul punto cfr. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, cit., Padova, 1966, secondo cui “una volta uniformato il regime del litisconsorzio necessario, ridotto esclusivamente ad una ristretta categoria di situazioni giuridiche comuni (*joint*), si restrinse l'ambito di applicazione della *representative suit* richiedendosi un interesse comune forte cioè la contitolarità di una situazione soggettiva e la coincidenza dell'interesse ad ottenere uno stesso provvedimento giudiziario”. L'abbandono della *representative suit* fu così determinato dalle numerose pronunce dei giudici inglesi di inammissibilità di domande risarcitorie promosse in forma rappresentativa, per tutte cfr. *Market & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd.*, 2 KB 1021, 1910. La situazione è mutata a seguito dell'emanazione nel 2000 di talune disposizioni normative di modifica alle *Civil Procedure Rules*: cfr. Part. 19, Section III, e la *Civil Procedure Rules Practice Direction* 19, c.d. Group Litigation.

<sup>38</sup> Per esempio nel caso *Lubbe v. Cape plc* (2000) 1 WLR 1545 HL si riunirono le domande di oltre 3000 attori che chiedevano il risarcimento per danni alla persona arrecati da una multinazionale per attività produttive svolte in Africa.

<sup>39</sup> *Civil Procedure Rules* (1999) 19.6.

<sup>40</sup> *Equitable Life Assurance Society v. Hyman* [2002], in 1 AC, p.408, HL.



In realtà le *representative proceedings*, per le quali vige il regime, già conosciuto nel paragrafo precedente, dell'*opt-out* hanno nel sistema giudiziario inglese un ruolo marginale per un doppio ordine di ragioni.

In primo luogo perché, non essendo parti del processo, i soggetti rappresentati non sono responsabili dei relativi costi e conseguentemente la parte rappresentante, in caso di soccombenza, deve sostenere l'intero costo della controversia, comprese le spese legali del convenuto mentre anche in caso di vittoria permane il rischio che non riesca a recuperare dalla parte avversaria tutte le spese legali sostenute.

In secondo luogo le Corti danno una rigida interpretazione al concetto di "interesse comune". Contrariamente a ciò che accade nel sistema americano, è raro, proprio per difetto del requisito della determinatezza, che il diritto al risarcimento dei danni venga riconosciuto ad una collettività a meno che l'ammontare del danno riconducibile alla classe rappresentata sia determinato e le quote individuali spettanti a ciascun appartenente siano facilmente determinabili<sup>41</sup>. Prima dell'emanazione delle nuove CPR del 1999, con riferimento alla sussistenza di un interesse comune, la giurisprudenza riteneva insufficiente, per la promuovibilità dell'azione in rappresentanza, la comunanza delle ragioni poste a fondamento della domanda risarcitoria di una pluralità di soggetti anche se le questioni di fatto fossero visibilmente identiche; la possibile esistenza di differenti particolari di fatto, come ad es. diversi gradi di responsabilità per colpa, o l'esistenza di diverse clausole contrattuali di limitazione della responsabilità, impediva la proposizione di *representative proceedings*<sup>42</sup>. Più recentemente, dopo l'entrata in vigore delle CPR nel 1999, le Corti di merito hanno mostrato un atteggiamento più aperto sulla nozione di interesse comune di cui alla CPR 19.6, affermando che esso vada interpretato in modo flessibile in conformità all'obiettivo generale indicato dalla Part 1 delle stesse CPR<sup>43</sup> cioè all'obiettivo di consentire alle Corti di affrontare i casi giudiziari con adeguatezza<sup>44</sup>.

Il vero e proprio strumento collettivo utilizzato in Inghilterra è rappresentato dalla seconda categoria, cioè il *Group Litigation Order*, nel quale vige il regime dell'*opt-in*, nel senso che la pronuncia vincola soltanto chi abbia aderito volontariamente al gruppo<sup>45</sup>.

Si tratta di una particolare forma di litisconsorzio facoltativo attuata attraverso l'iscrizione delle domande connesse in un registro del gruppo. Un apposito organo giurisdizionale, il senior Master, all'interno della Queen's Bench Division della High Court, e la Law society (organo che rappresenta i *solicitors* inglesi) conservano una lista dei *Group Orders*.

<sup>41</sup> Come nel caso di un'azione per il risarcimento dei danni derivanti da un sinistro marittimo, in cui l'ammontare totale era determinato al momento della controversia, *Monarch SS Co Ltd. v. Greystoke Castle* (Cargo Owners) [1947] AC p. 265, HL, su cui ANDREWS, *English Civil Procedure*, cap. 41.81.

<sup>42</sup> Per esempio, nel caso *Markt & Co Ltd v. Knight SS Co Ltd.* [1910] 2 KB 1021 CA.

<sup>43</sup> (Letteralmente: *of enabling the Court to deal with cases justly*).

<sup>44</sup> Come affermato nel caso *Indipiente Ltd v. Music Trading On-Line (HK) Ltd* [2003]

<sup>45</sup> Come previsto dalla CPR 19.12: una decisione od un provvedimento relativi ad una domanda inserita nel registro del gruppo, che riguarda una questione comune, vincola tutte le parti degli "*other claims that are on the group register at the time the judgement is given or the order is made unless the court orders otherwise*".

La Corte deve preliminarmente autorizzare il *Group Litigation Order* ed esercita ampi poteri direttivi su di esso, anche in ordine alla nomina dell'avvocato di una o più parti ad assumere il ruolo di avvocato-guida per gli attori o i convenuti o specificare i requisiti della domanda per la sua ammissibilità. In ogni caso, la peculiarità del sistema inglese è che ciascun attore deve dimostrare di aver personalmente sofferto un danno. Infatti la legge inglese non riconosce alcun risarcimento senza la prova del danno effettivamente sofferto da chi ha proposto la domanda. Nel sistema inglese non sono in alcun modo contemplati i c.d. *exemplary damages* (cioè danni con funzione sanzionatoria e non riparatoria) in caso di mero inadempimento contrattuale; soltanto in ambito di responsabilità civile essi sono riconosciuti in quelle situazioni in cui venga posta in essere una condotta ingiusta, arbitraria o incostituzionale da parte di enti pubblici o soggetti privati che agiscano in maniera premeditata al fine di trarne ingiusto profitto, oppure in quelle situazioni in cui i *punitive damages* sono previsti per legge<sup>46</sup>.

È eterogenea la tipologia delle controversie condotte con lo strumento del *Group Litigation Order*, come rappresentata in un rapporto del 2007 del primo Senior Master, Robert Turner. Si va da azioni risarcitorie per danni da intossicazione alimentare contratta da clienti di alberghi mandati da *tour operators* consapevoli del relativo rischio, a ingestione di bevande bollenti, a casi di trombosi per voli a lunga distanza, di allontanamento degli abitanti indigeni delle isole Chagos nell'Oceano Indiano, di esplosione di deposito di carburanti, di contaminazione per discariche di olii inquinanti, ecc. Peraltro è significativo che molte di queste controversie non abbiano sortito esito favorevole.

Invero nel sistema inglese il numero delle controversie di gruppo<sup>47</sup> è particolarmente esiguo, e ciò è da addebitare principalmente alla scelta del regime di *opt-in* piuttosto che di quello dell'*opt-out*, vigente non solo negli USA ed in Australia ma anche in alcuni Paesi europei come la Norvegia, la Danimarca, l'Olanda ed il Portogallo. Esistono, infatti, diversi elementi che impediscono ai potenziali membri del gruppo l'adesione al giudizio, esercitando l'*opt-in*: da un canto la preoccupazione economica di dover affrontare ingenti spese processuali in caso di soccombenza, dall'altro la preoccupazione psicologica di esporsi a litigi e di subire ritorsioni da parte del datore di lavoro. A ciò si aggiunge l'assenza di un'assicurazione legale ATE (*after the event* – per eventi già accaduti) che copra il rischio per l'attore di sostenere le spese legali in caso di soccombenza.

La Relazione della prof. Mulheron mette in luce il fallimento dello strumento collettivo nel sistema inglese e auspica un intervento imminente del legislatore affinché si introduca il regime di *opt-out* unitamente a incentivi economici in tal senso (sistema pubblico di *legal aid*)<sup>48</sup> visto che il sistema privatizzato di *contingency fees* (CFA) non

---

<sup>46</sup> Come affermato nel caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* [2001] in UKHL, p.29, [2002] in 2 AC p.122, in commento di *Rookes v. Barnard* [1964].

<sup>47</sup> Secondo la Relazione di Rachel MULHERON, *Reform of Collective Redress in England and Wales*, 2008, reperibile sul sito [www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective\\_redress.pdf](http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective_redress.pdf).

<sup>48</sup> In teoria la legge inglese consente la concessione pubblica del *legal aid* per quelle controversie meritevoli di tutela, come previsto da "The Funding Code" Part B, section D, emanato dalla *Community Legal Services Commission*: sul sito [http://www.legalservices.gov.uk/civil/guidance/funding\\_code.asp](http://www.legalservices.gov.uk/civil/guidance/funding_code.asp).

appare efficiente in questo ambito; si aprirebbero così nuove prospettive di profitto per gli studi legali inglesi sia pur con l'inevitabile aumento dei costi di difesa per le parti convenute e delle polizze assicurative.

#### 4. La *class action* negli USA

Negli USA, come accennato, il modello inglese ha subito notevoli adattamenti e modifiche grazie al lavoro della dottrina ed agli interventi della giurisprudenza della Corte Suprema, creatori del c.d. *American law of class suits*, sia di natura federale che statale, con cui si sono risolte le spinose questioni collegate all'operatività dell'istituto, quali soprattutto l'estensione degli effetti del giudicato a soggetti che non rivestano la qualità di parti del giudizio.

Il primo contributo determinante in tal senso è di natura dottrinale. Fu infatti Joseph Story, autore dei *Commentaries on Equity Pleadings*<sup>49</sup>, ad affrontare il problema sotto il profilo della ammissibilità di eccezioni alla *Necessary Parties Rule*. Posto che tutte le persone interessate ad un giudizio dovessero parteciparvi, Story ritenne tuttavia che a ciò si potesse derogare tutte le volte che la chiamata in causa di esse fosse impossibile o creasse enormi ritardi o altri inconvenienti. Egli cioè introdusse un nuovo atteggiamento del giurista americano: la possibilità di derogare – seppur in via eccezionale – alla regola della necessaria partecipazione ad un giudizio dei soggetti aventi interesse.

Il primo caso giurisprudenziale che recepì l'insegnamento di Story fu, nel 1853, *Smith v. Swormstedt*<sup>50</sup>, in cui la Corte Suprema ritenne ammissibile la *class action* quale eccezione alla *Necessary Parties Rule* e dichiarò la sentenza vincolante anche per i soggetti assenti nel giudizio, purché i loro interessi fossero stati correttamente rappresentati<sup>51</sup>. Ciò fu deciso dalla Corte Suprema in palese contrasto con la normativa federale, in particolare con l'*Equity Rule* 48 del 1842, cui la sentenza citata non fece mai cenno, che espressamente vietava la vincolatività degli effetti del giudicato sugli assenti<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> STORY, *Commentaries on Equity Pleadings*, Boston, 1840.

<sup>50</sup> 57 U.S. 288 (1853).

<sup>51</sup> Cfr. 57 U.S. 303: "In all cases where exceptions to the general rule are allowed, and a few are permitted to sue and defend on behalf of the many, by representation, care must be taken that persons are brought on the record fairly representing the interest or right involved, so that it may be full and honestly tried. Where the parties interested in the suit are numerous [...] a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court".

<sup>52</sup> L'*Equity Rule* 48, con cui si ammettevano i "*representative proceedings*" in presenza di un numero eccessivo di parti, a condizione che non fossero pregiudicate le ragioni degli assenti, recitava: "Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But, in such case, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties".

Il caso *Smith v. Swormstedt* trovò conferma in altri casi successivi<sup>53</sup> e suscitò l'attenzione della dottrina americana, tra cui ebbero un ruolo determinante Pomeroy<sup>54</sup> e Street<sup>55</sup>. Pomeroy affermò l'ammissibilità della *class action* tutte le volte che fosse coinvolta una pluralità di parti nel giudizio; Street invece per primo distinse tra "true" e "spurious" *class actions* a seconda se avessero ad oggetto la rivendicazione di beni materiali (*fund or property*) o se concernessero la responsabilità personale di un soggetto (*personal liability*). Entrambi avvertirono la difficoltà di riconoscere efficacia vincolante della decisione nei confronti di soggetti assenti nel giudizio e posero dei limiti ad essa: Pomeroy riconobbe la vincolatività di un giudicato sfavorevole nei confronti di soggetti assenti a condizione che questi avessero avuto notizia del giudizio, mentre Street la ammise soltanto con riferimento alle azioni *in rem*, con esclusione delle azioni di natura personale.

La situazione di incertezza venne parzialmente superata con la modifica delle *Federal Equity Rules* avvenuta nel 1912 e l'introduzione della *Rule 38* che, omettendo ogni riferimento agli assenti contenuto nella precedente *Rule 48*, contribuì a consolidare l'orientamento giurisprudenziale<sup>56</sup> favorevole a riconoscere la vincolatività del giudicato nei confronti dei soggetti assenti<sup>57</sup>. Inoltre la *Rule 38* precisava che le "*representative suits*" dovevano considerarsi ammissibili in presenza di un interesse generale o comune e fissava tre presupposti essenziali: 1) l'impossibilità di far partecipare al processo tutti i membri della classe; 2) l'adeguata rappresentanza della classe da parte dei soggetti partecipanti al giudizio; 3) la presenza di una questione di fatto o di diritto comune a tutti i membri della classe, dovendosi ritenere tali tutti coloro ai quali fosse comune la stessa questione. Questo rappresentò il primo passo verso il riconoscimento ufficiale dell'istituto, per il quale era comunque indispensabile l'unificazione del regime vigente per le cause c.d. *at law* e quelle di *equity*.

Così nel 1937 la *Supreme Court* emanava le *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>58</sup> con le quali – venuta meno la distinzione tra cause *at law* e di *equity* dinanzi alle Corti Federali – venne finalmente introdotta una specifica *Rule 23* in materia di *class action*. Essa si ispirava alle idee di James Moore<sup>59</sup>, autore della classificazione in tre categorie delle *class actions* sulla base del *character of the right*: le *true class actions* si caratteriz-

<sup>53</sup> Come, ad es., nel caso *Hawkins v. Glenn*, 131, U.S. 319 (1889) o in *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions* Nos. 1 & 3, 90 F. 598 (C.C.N.D. Ohio 1898), in cui si afferma che la decisione vincola tutti quelli che ne hanno notizia, siano o meno parti.

<sup>54</sup> POMEROY, *Treatise on Equity Jurisprudence*, Boston, 1881.

<sup>55</sup> STREET, *Federal Equity Practice*, New York, 1909.

<sup>56</sup> V. ad es. *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356.

<sup>57</sup> Recitava la nuova *Rule 38*: "When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the Court, one or more may sue or defend for the whole".

<sup>58</sup> Entrate in vigore il 16 settembre 1938.

<sup>59</sup> V. MOORE, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the Preliminary Draft*, in 25 *Georgetown L.J.*, 1925, 570 e, successivamente, MOORE-COHN, *Federal Class Actions*, in 32 *Illinois L. Rev.*, 307 e degli stessi autori, *Federal Class Actions: Jurisdiction and Effect of Judgement*, in 32 *Illinois L. Rev.*, 1938, 555.

zavano per la presenza di *joint rights*, cioè di diritti comuni alla classe; le *hybrid class actions* presupponevano che i diritti esercitati in giudizio fossero distinti ma relativi allo stesso bene, mentre le *spurious class actions* si riferivano a beni distinti ma si fondavano sulla identità della questione di fatto e di diritto sollevata. Pur operando la distinzione in *true*<sup>60</sup>, *hybrid* e *spurious*, con l'introduzione della *Rule 23* non mutava il già affermato principio dell'estensione del giudicato, tranne per l'ipotesi di una pronuncia di rigetto relativa ad una *spurious class action*, inidonea a far sortire l'effetto eccessivamente pregiudizievole ai soggetti assenti nel giudizio.

Il *leading case* del nuovo orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi a partire all'entrata in vigore della *Rule 23* e tutt'ora prevalente, fu *Hansberry v. Lee*<sup>61</sup>, in cui la *Supreme Court* riaffermò l'estensione degli effetti del giudicato agli assenti pur chiarendo che si trattava di una eccezione al generale principio secondo cui nessuno può essere vincolato da una pronuncia resa in un giudizio cui non ha preso parte. Si legge espressamente nella *ratio decidendi* del caso *Hansberry* che la regola così sancita non si pone in contrasto con i principi generali consacrati nella Costituzione americana, ed in particolare con l'esigenza del *due process* che il XIV emendamento della Costituzione americana tutela (su cui ci si soffermerà in seguito); il giudicato relativo ad una *class action*, attesa la qualità di parte di alcuni componenti la *class*, può legittimamente – seppur in via eccezionale – vincolare gli altri membri che non rivestano tale qualità.

Dal 1° luglio 1966 la *Rule 23* è stata ulteriormente modificata nel senso dell'abolizione del c.d. *oneway intervention*<sup>62</sup>, con l'introduzione della regola dell'estensione sia degli effetti favorevoli che di quelli sfavorevoli del giudicato, sia pur con la previsione, in talune ipotesi, dell'*opt out right*, cioè della possibilità di sottrarsi agli effetti sfavorevoli. La novella del 1966 fu di ampio respiro in quanto con essa è entrata in vigore la formulazione attuale della *Rule 23*<sup>63</sup>, ispirata all'opera del noto studioso processualista prof. Kaplan<sup>64</sup>, che contiene un criterio unitario di individuazione della comunanza di interessi, rimesso alla discrezionale valutazione dell'autorità giudiziaria. Successivamente la norma ha subito modifiche per effetto delle novelle del 1998 e del 2003, e da

<sup>60</sup> La distinzione, già esaminata nel mio precedente lavoro *Spunti comparatistici in tema di class action*, in *www.ratioiuris.it*, *Ratio Iuris*, rivista giuridica elettronica, 2007, 13, si fondava sulla natura del diritto fatto valere: nella *true class action* doveva esistere un *joint, or common, or secondary right in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it*; nella *hybrid class action* esisteva un *several right, and the object of the action is the adjudication of claims which does may affect specific property involved in the action* e infine la *spurious class action* era fondata su di un *several right, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought*.

<sup>61</sup> 311 U.S. 32 (1940).

<sup>62</sup> Cioè della regola secondo cui si estendevano nei confronti degli assenti soltanto gli effetti favorevoli, e non invece quelli sfavorevoli, del giudicato.

<sup>63</sup> Così P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, cit.

<sup>64</sup> Egli fu *Former Reporter* per la *Advisory Committee on Civil Rules*. Per approfondimenti v. B. KAPLAN, *Continuing work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (1967) 81 *Harvard L. Rev.*, 356, 381.

ultimo del *Class Action Fairness Act* del 2005, dettato dall'esigenza di porre rimedio agli abusi legati all'esercizio, talora spregiudicato, di questo istituto<sup>65</sup>.

Così la *Rule 23* delle *US Federal Rules of Civil Procedure* ha trovato ampia applicazione nella giurisprudenza delle Corti statunitensi. Essa, nella sua attuale formulazione, prevede che il rappresentante di una classe, *plaintiff class action*, possa citare o essere convenuto in giudizio, *defendant class action*<sup>66</sup>, in rappresentanza di tutti gli altri membri, purché sussistano alcuni requisiti tipici, indicati nel par. a), i c.d. *prerequisites*, due dei quali riguardano la classe e due il suo rappresentante in giudizio: 1) *numerosity*, 2) *commonality*, 3) *typicality*, 4) *adequacy of representation*. Il primo, la *numerosity*, riguarda la composizione numerica della classe, che dev'essere tale da impedire la partecipazione al giudizio di tutti i suoi componenti e va valutata caso per caso, non limitandosi al dato numerico ma dovendo tenersi conto della provenienza territoriale dei componenti la classe e della possibilità di reperirli individualmente; il secondo requisito, la *commonality*, comporta la sussistenza di questioni di fatto o di diritto comuni alla classe; il terzo, la *typicality*, esige che il *representative* faccia valere pretese omogenee rispetto a quelle dei componenti la classe mentre il quarto, considerato "*the most important prerequisite for a class action*", l'*adequacy of representation*, presuppone che il *representative* sia in grado di proteggere adeguatamente gli interessi della classe<sup>67</sup>.

Al par. b), la *Rule 23* individua ulteriori condizioni per l'esercizio di una *class action*, che vengono esemplificate in tre categorie di azione: 1) le ipotesi di litisconsorzio necessario per le quali è consentito di agire in via rappresentativa<sup>68</sup>, tra le quali rientrano le ipotesi in cui le pronunce giudiziarie rese in giudizi individuali possano dar luogo a pregiudizio per i restanti appartenenti alla classe, come nel classico caso di insolvenza del debitore, c.d. *limited fund class action*<sup>69</sup>; 2) le ipotesi in cui viene ri-

<sup>65</sup> In particolare con il *Class Action Fairness Act*, firmato il 18 febbraio 2005 dal Presidente Bush dopo una lunga gestazione, espressamente si intendeva rimediare a: a) danni arrecati sia ai membri di una *class* che a imprese che hanno agito responsabilmente, con particolare riferimento ai cospicui compensi degli avvocati in rapporto a benefici minimi o nulli della *class*; b) conseguenze negative per il commercio tra gli Stati federati; c) violazione della regola della *diversity jurisdiction*, cui si è rimediato con l'attribuzione alle Corti federali della giurisdizione su controversie di importanza nazionale (il cui ammontare è superiore a 5 milioni di dollari) e su quelle in cui almeno un membro della classe sia cittadino di uno Stato diverso da quello del convenuto.

<sup>66</sup> In realtà, malgrado la formulazione letterale della norma, in dottrina e in giurisprudenza non sono pacificamente ammesse le *defendant class actions*. In particolare, in senso affermativo, v. SIMPSON-PERA, *Defendant Class Actions*, in 32 *Conn. L. Rev.*, 1319, 2000; in senso opposto, v. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, cit., 121.

<sup>67</sup> Uno dei parametri di valutazione di tale requisito è stato individuato nella disponibilità di risorse economiche per la gestione delle spese processuali da parte del *representative*; v. *Weber v. Goodman*, 9 *F. Supp. 2d* 163, 173. Nutre perplessità sulla corretta valutazione del requisito dell'*adequacy of representation* da parte delle Corti americane, NAGAREDA, *Administering Adequacy in Class Representation*, in 82 *Texas L. Rev.*, 287 (2003).

<sup>68</sup> Si tratta dei casi in cui le azioni individuali potrebbero condurre a pronunce contraddittorie, imponendo al convenuto condotte non uniformi nei confronti dei singoli componenti la classe; v. sul punto, CONSOLO, *Class actions fuori dagli Usa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 626. In tali ipotesi comunque le Corti americane limitano l'ammissibilità della *class action* ai casi in cui essa sia rivolta ad ottenere un *injunctive* o un *declaratory relief*, con esclusione delle domande di mero risarcimento del danno.

<sup>69</sup> A tal riguardo Consolo parla di "inscindibilità" in *Class actions fuori dagli Usa?*, cit., 626.

chiesto un *injunctive* o un *declaratory relief* a seguito di comportamenti commissivi o omissivi dell'avversario della classe<sup>70</sup>; 3) le ipotesi in cui la Corte ritiene che le questioni di fatto o di diritto comuni alla classe prevalgano sulle questioni coinvolgenti i singoli componenti (c.d. "*predominate criterion*" o criterio della prevalenza delle questioni comuni), in modo che la *class action* si riveli lo strumento più efficiente per dirimere la controversia attraverso un giudizio di comparazione con altre soluzioni giudiziali<sup>71</sup>.

Accertati tali requisiti, la procedibilità dell'azione deve essere preliminarmente consentita da un provvedimento del giudice, la c.d. *certification*, che rappresenta una sorta di autorizzazione a proseguire l'azione in forma collettiva.

Va rilevato che fino alla novella del 2003 i poteri del giudice in sede di *certification* erano particolarmente estesi, in quanto egli non si limitava a concedere o negare la *certification*, potendo subordinare la stessa al verificarsi di determinate condizioni, tra le quali la partecipazione al giudizio di altri soggetti al fine di soddisfare il citato requisito dell'*adequacy of representation*<sup>72</sup>. Attualmente, a seguito delle modifiche normative del 2003<sup>73</sup>, il giudice – previa verifica dei requisiti individuati dai par. a) e b) della *Rule* 23 – si limita a concedere o a negare la *certification*, benché egli, finché la causa non venga decisa, potrà modificarla o revocarla. Avverso il provvedimento emesso dalla *District Court* che dispone o nega la *certification*, a seguito della novella del 1998<sup>74</sup>, è possibile ricorrere immediatamente dinanzi alla *Court of Appeal* anche se la norma è stata sinora interpretata restrittivamente<sup>75</sup>.

La previsione del potere di *certification*, malgrado le modifiche legislative, resta un valido meccanismo di filtro processuale ed al contempo assicura il corretto ed equilibrato uso dello strumento della *class action*, prevenendone eventuali abusi.

Ciò in particolare è avvenuto con riferimento ai c.d. *mass tort cases*<sup>76</sup>, cioè alle controversie in cui il danno derivante da fatto illecito ricada su di un'estesa categoria di persone. Inizialmente le Corti federali erano riluttanti al rilascio della *certification* in tali ipotesi, sostenute dalla *Advisory Committee* nel ritenere che la diversità dei componenti la classe avrebbe fatto preferire lo svolgimento di autonomi processi<sup>77</sup>.

Successivamente, a partire dagli anni '80, l'atteggiamento delle Corti federali mutò

<sup>70</sup> La genesi di questa categoria è stata ricollegata all'esperienza giurisprudenziale in tema di *civil rights actions* da GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, cit., 65.

<sup>71</sup> Queste ipotesi sono note come *damages class actions*. V. le sentenze *Amchen Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 1997 e *In re American Honda Motor Co., Inc.*, 979 F.Supp. 365, 368 (D.Md. 1997).

<sup>72</sup> Così ad es. in *Central Wesley College v. W.R. Grace & Co.*, 6 F.3d 177, 184 (4th Cir. 1993).

<sup>73</sup> V. *Advisory Committees' Notes on Rules of Civil Procedure for the United States District Courts* del 2003.

<sup>74</sup> V. *Advisory Committee's Notes on Rules of Civil Procedure for the United States District Courts* del 1998.

<sup>75</sup> V. ad es. i casi *Waste Management Holdings Inc. v. Mowbray*, 208 F.3d 288 (1st Cir. 2000) e *Padro-Steiman v. Bush*, 221 F.3d 1266 (11th Cir. 2000), successivi alla prima applicazione della regola dell'appellabilità avvenuta in *Blair v. Equifax Check Service Inc.*, 181 F. 3d 832 (7th Cir. 1999).

<sup>76</sup> Letteralmente *mass tort personal injury litigations*.

<sup>77</sup> Così le *Advisory Committee's Notes on Rule of Civil Procedure for the United States District Courts* del 1996.

e – seppur con delle eccezioni<sup>78</sup> – si considerò ammissibile, anche in dottrina, la *class action* in ipotesi di *mass tort cases*<sup>79</sup>. Oggi, benché lo strumento della *class action* continui ad essere utilizzato in tali ipotesi, in virtù dell'opera, seppur timida, di *decertification* svolta dalla *Court of Appeal*, i giudici tendono a verificare con maggiore rigore i requisiti *sub a)* e *b)* della *Rule 23*<sup>80</sup>.

La centralità del Giudice federale non si limita al potere di *certification* e si esplica anche nella fase della prosecuzione della *class action* sotto forma di controllo dell'intero procedimento. In primo luogo il Giudice dispone la notificazione della pendenza del giudizio ai componenti la classe, in omaggio al principio costituzionale del *due process of law*<sup>81</sup>. Ciò è previsto in forma obbligatoria per le *damages class actions*, cioè per le azioni facenti parte della terza categoria indicata nel par. *b)* della *Rule 23*, potendo i membri della classe, esclusivamente in tali ipotesi, sottrarsi agli effetti sia positivi che negativi del giudicato (c.d. *opt-out*)<sup>82</sup>; tuttavia, anche per altre ipotesi di *class actions*<sup>83</sup>, in cui non è prevista la facoltà di *opt-out*, a seguito della novella del 2003 è stato introdotto il potere di imporre la notificazione a favore dei membri della classe, non soltanto al fine di informare tutti gli interessati ma anche al fine di consentire ai membri di esprimersi in merito all'adeguatezza della rappresentanza della classe.

Accanto al potere-dovere di disporre notificazioni ai membri della classe, il giudice svolge una costante opera di controllo attraverso una serie di *orders* indicati nel par. *d)* della *Rule 23*: egli, cioè, determina il corso del procedimento o adotta misure per evitare indebite ripetizioni o complicazioni in sede di attività istruttoria, impone condizioni ai *representatives* o agli intervenuti, dispone che dai *pleadings* vengano eliminate allegazioni concernenti la rappresentanza di persone assenti, ecc.; egli, in sostanza, interviene per risolvere le più svariate questioni si presentino nel corso del giudizio.

Poiché di regola le *class actions* non si concludono con una pronuncia giudiziale, intervenendo nella maggior parte dei casi un accordo transattivo tra le parti, la *Rule 23* si preoccupa altresì di disciplinare l'eventuale transazione o il *voluntary dismissal*<sup>84</sup>.

La disciplina del 1966 stabiliva il divieto di transigere o rinunciare al giudizio senza l'autorizzazione della Corte; essa prevedeva un esteso controllo giudiziale sulla cor-

<sup>78</sup> Come nel caso *Amchen Products, Inc. v. Windsor*, 521, U.S. 591 (1997), in cui la Supreme Court ha negato che le questioni di fatto e di diritto sottostanti all'azione in forma collettiva prevalessero sulle questioni individuali. Più di recente questo atteggiamento di prudenza è stato confermato in *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999).

<sup>79</sup> V. ad es. MULLENIX, *Class Resolution of the Mass-Tort Case: A Proposed Federal Procedure Act*, in 64 *Tex. L. Rev.*, 1039, 1048 (1986) e RUBIN, *Mass Torts and Litigation Disasters*, in 20 *Ga. L. Rev.* 429, 439 (1986).

<sup>80</sup> Tra i casi più noti di *decertification* v. *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996), in cui la *class action* era stata proposta a tutela di tutti i dipendenti dalla nicotina e dai loro parenti.

<sup>81</sup> Principio consacrato nel XIV emendamento della Costituzione americana.

<sup>82</sup> Per questa prerogativa le *damages class actions* rievocano le antiche *spurious class actions* di James Moore.

<sup>83</sup> Definite *mandatory class actions*.

<sup>84</sup> Istituto equiparabile alla nostra rinuncia agli atti del giudizio.



rettezza, ragionevolezza e adeguatezza dell'accordo, con una valutazione globale della vicenda sia in fatto che in diritto<sup>85</sup>.

La riforma del 2003 ha ridotto in tale ambito l'ingerenza del giudice, prevedendo che egli – previa convocazione di un'apposita udienza di discussione – approvi qualunque transazione o *voluntary dismissal* di una *class action* certificata, previa constatazione della loro correttezza, ragionevolezza e adeguatezza<sup>86</sup>. Soltanto nell'ipotesi di *damages class actions* certificate, conclusesi con un accordo transattivo non prevedente la facoltà di *opt-out* ai membri che non l'abbiano già esercitata precedentemente, la Corte può rifiutarsi di approvare la transazione e ciò al fine di consentire a tutti i membri della classe la valutazione del contenuto dell'accordo transattivo con la possibilità di autoescludersi dai suoi effetti vincolanti.

Più recentemente il *Class Action Fairness Act* del 2005 ha esteso il regime di pubblicità dell'eventuale transazione, imponendo la comunicazione dell'accordo – prima della sua approvazione – all'*Attorney General* degli USA e ad altri organismi statali, con la previsione che in mancanza di tali comunicazioni, i membri della classe non subiscano gli effetti vincolanti della transazione.

## 5. Cenni sui *punitive damages* negli ordinamenti di *common law*: Inghilterra e USA

Una particolare categoria di danni, propria dell'esperienza di *common law* e, con particolare rilievo, di quella nord-americana, è la categoria dei danni punitivi. Si tratta di un genere di danni che non svolge una funzione di riparazione effettiva della perdita subita ma si configura quale condanna esemplare e afflittiva che – ai fini della quantificazione del danno – tiene conto di tutte le vittime del fatto illecito commesso pur se non costituite in giudizio. Non svolgono, cioè, la funzione risarcitoria bensì la funzione di deterrenza dell'illecito<sup>87</sup>.

Si è detto in dottrina<sup>88</sup> che il principio posto alla base dell'istituto del “danno punitivo” sia lo stesso posto a fondamento del sistema anglosassone di *equity*, sistema giuridico che si affiancò, a partire dal XIII secolo in Inghilterra, a quello, tradizionale e formalistico, di *common law* amministrato dalle Corti di Westminster – resosi inad-

<sup>85</sup> In particolare la Corte doveva verificare le probabilità di successo dell'attore, la complessità e i costi del giudizio, le argomentazioni di chi si opponeva alla transazione, le opinioni degli avvocati come ad es. nel caso *Reynolds v. King*, 790 F. Supp. 1101, 1105 (M.D. Ala. 1990).

<sup>86</sup> Il paragrafo e) (1) ( C ) della Rule 23 dispone: “*The Court may approve a settlement, voluntary dismissal or compromise that would bind class members only after a hearing and on finding that the settlement, voluntary dismissal or compromise is fair, reasonable and adequate*”.

<sup>87</sup> È di Lord Devlin la celebre definizione dei danni punitivi o esemplari: “*Exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter*” [I danni esemplari sono essenzialmente differenti dai danni ordinari. L'oggetto dei danni nel senso comune del termine è di compensare (le perdite subite). L'oggetto dei danni esemplari è di punire e di prevenire].

<sup>88</sup> Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Brevi note in tema di danni punitivi*, 1 ss., in [www.studiosirottigaudenzi.it](http://www.studiosirottigaudenzi.it).

guato per l'esasperato formalismo e la rigidità procedurale delle c.d. *forms of action* o *writs* – allo scopo di “risolvere problemi resi insuperabili dalle barriere inattaccabili che delimitavano ciascuna *form in action*”<sup>89</sup>. Alla base dell'*equity* vi era, cioè, una esigenza, molto sentita dai cittadini del regno, di una giustizia sostanziale che si fondasse su regole morali piuttosto che formali, appartenenti alla sfera della coscienza umana piuttosto che ad un esasperato tecnicismo giuridico.

Sul versante dei danni punitivi, analogamente, l'esigenza che sta alla base sembra essere quella di emanare una condanna che non soltanto rappresenti un deterrente nei confronti dell'autore dell'illecito<sup>90</sup>, ma sia un monito all'intera comunità al fine di stigmatizzare, nella pronuncia di condanna, un sentimento di disapprovazione generale del comportamento illecito; vengono cioè salvaguardate le esigenze collettive di giustizia sostanziale rispetto alle aspettative risarcitorie di carattere individuale.

I *punitive damages* sembrano avere pertanto lo scopo di “punire il convenuto per aver commesso un fatto particolarmente grave e riprovevole”<sup>91</sup>, generalmente un *tort*<sup>92</sup> meritevole di particolare riprovazione sociale”.

Il primo caso giurisprudenziale di applicazione dell'istituto risale al 1763: *Wilkes v. Wood*<sup>93</sup>, deciso dalla *Court of Common Pleas*, in cui per la prima volta si affermò che “i danni non configurano esclusivamente una soddisfazione per la persona offesa, ma anche una punizione per il colpevole, al fine di dissuaderlo da eventuali futuri comportamenti simili nonché costituiscono una prova della forte disapprovazione dell'azione stessa da parte della giuria”<sup>94</sup>. Si trattava di un caso di particolare gravità riguardante l'ingiusta detenzione e la perquisizione dell'abitazione, tra gli altri, di John Wilkes, membro del Parlamento inglese e principale autore di una rivista britannica, *The North Briton*, critica rispetto all'Amministrazione del tempo (Grenville), pubblicata in forma anonima, e ciò al fine di impedire la pubblicazione dei numeri successivi e punire i soggetti responsabili. L'ingiusta detenzione e perquisizione erano state autorizzate con un mandato, diretto a quattro incaricati, da parte del Segretario di Stato inglese, Lord Halifax, mandato che fu successivamente ritenuto illegittimo ed in violazione della Magna Charta sia perché privo dell'indicazione del sog-

<sup>89</sup> L'espressione è di U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, 35.

<sup>90</sup> Parla di una funzione pedagogica dell'istituto CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982.

<sup>91</sup> Così PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, II, 438.

<sup>92</sup> Il sistema dei *torts* o dei fatti illeciti fonte di responsabilità extracontrattuale originariamente era caratterizzato in common law dal principio di assoluta tipicità; nel corso dei secoli l'uso sempre maggiore del *tort* di *negligence* ha consentito l'introduzione nel sistema inglese di un principio generale di responsabilità extracontrattuale colposa, fondata sulla violazione di un dovere generale di condotta o *duty of care*. Per una trattazione esaustiva dei *torts*, v. M. SERIO, cit. e U. Mattei, cit.

<sup>93</sup> *Wilkes v. Wood*, in *Eng. Rep.*, 1763, 489.

<sup>94</sup> Testualmente si legge nella sentenza citata l'opinione del Chief Justice Pratt: “*Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action 'itself'*”. La giuria, in quella occasione, condannò il responsabile al pagamento di £1.000. Ai fini dell'attenuazione della sanzione risarcitoria, Pratt addusse che si trattava di un comportamento avallato dalla prassi benché di per sé illecito.

getto destinatario della perquisizione sia perché emesso a prescindere da un regolare giudizio.

Nello stesso anno, nel caso *Huckle v. Money*<sup>95</sup>, la stessa *Court of Common Pleas* fa uso dei danni esemplari in una vicenda simile a quella precedente, considerato che altre vittime (circa 45), autori della rivista considerata dissidente, dopo il successo del caso *Wilkes v. Wood*, denunciarono l'accaduto.

Successivamente ad esso il diritto giurisprudenziale inglese non ha fatto largo uso di esso e ha persino posto dei paletti all'applicazione dell'istituto, pervenendo a circoscrivere l'area dei presupposti legittimanti la sua applicazione nel caso *Rookes v. Barnard* del 1964, in cui si afferma che i *punitive damages* possono essere richiesti soltanto nelle ipotesi in cui si sia verificata una grave violazione di diritti fondamentali dei cittadini da parte dell'Amministrazione dello Stato ovvero nei casi in cui sia ravvisabile una precisa volontà del soggetto danneggiante di ottenere un vantaggio ingiusto<sup>96</sup>.

Negli USA, a differenza del sistema inglese, i danni punitivi hanno avuto estesa applicazione negli ultimi decenni – essendo riconosciuti dalle legislazioni nazionali di numerosi Stati – fino a tempi più recenti in cui la Suprema Corte federale ha assunto un orientamento restrittivo in materia. Con alcune importanti pronunce, infatti, la Suprema Corte ha messo un freno ad una vera e propria “esplosione” del fenomeno dei *punitive damages* apparentemente inarrestabile<sup>97</sup> malgrado parte della dottrina e della giurisprudenza americana avevano, già nel 1872, mostrato perplessità nei confronti di un istituto definito “sgradevole e pericoloso”<sup>98</sup>.

La svolta è segnata da due sentenze della Corte Suprema Federale del 1996 e del 2003<sup>99</sup>. In una prima fase, con il caso c.d. *Gore* del 1996, in cui di fronte ad un danno di appena quattromila dollari la Corte Suprema dell'Alabama aveva accordato una somma di 2 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*, equivalente a 500 volte il danno effettivo – riducendo peraltro la somma (di 4 milioni di dollari) indicata dalla giuria moltiplicando il danno dell'attore per il numero di casi in cui si era verificato – per la prima volta il rapporto tra danni *compensatory* e punitivi viene giudicato dalla

<sup>95</sup> *Huckle v. Money* (1763) 2 Wils. K.B. 205.

<sup>96</sup> La sentenza *Rookes v. Barnard* è stata confermata dalla *House of Lords* nella successiva sentenza *Broome v. Cassell & Co.* (1972) A.C. 1027. Sul tema v. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 6, 531; SIROTTI GAUDENZI, *I danni punitivi*, in AA.VV., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Torino, 2008, 179 ss.

<sup>97</sup> Sul fenomeno v. i contributi di PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, I, 435 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli-Scalfi, Milano, 1985, 375 ss.

<sup>98</sup> Così la sentenza *Fay v. Parker*, in 53 N.H. 342, 382 (1972).

<sup>99</sup> Si tratta della sentenza del 20 maggio 1996, *BMW of North America Inc. v. Gore*, in *Foro It.*, 1996, IV, 421 ss., con nota di PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi 'grossly excessive' e della sentenza del 7 aprile 2003, State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*, in *Foro It.* 2003, IV, 355 ss. con nota di PONZANELLI, *La 'costituzionalizzazione' dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*. In precedenza, nella sentenza 24 giugno 1994, *Honda Motor Co. Ltd v. Oberg* la Suprema Corte aveva già ritenuto che la legislazione dello Stato dell'Oregon fosse contraria alla *due process clause* del XIV emendamento in quanto escludeva che la liquidazione dei danni punitivi effettuata dalla giuria potesse essere modificata dal giudice togato, v. *Foro It.* 1995, IV, 204 ss., con nota di ROMANO.

Corte Suprema Federale *grossly excessive* e come tale in grado di ledere l'VIII emendamento della Costituzione americana<sup>100</sup>. L'idea di un controllo costituzionale dell'istituto dei *punitive damages* sembra comunque dettata dall'esigenza di contenere l'arbitrio del giudice nella determinazione della somma "punitiva" e non è comunque pacifica: nel caso *Gore* la *dissenting opinion* del giudice Scalia invocava il principio secondo cui nessuna regola costituzionale darebbe giustificazione alla intromissione della Corte Suprema nelle decisioni delle Corti nazionali o nelle indicazioni delle giurie in materia di *punitive damages*<sup>101</sup>.

Successivamente, in *State Farm v. Campbell* del 2003 la Suprema Corte si è posta il quesito se e a quali condizioni fosse compatibile con la *due process of law* la comminazione di danni punitivi ed ha confermato che l'autorità degli Stati di imporre risarcimenti punitivi è soggetta a limiti costituzionali di natura sostanziale e procedurale, tra cui in particolare la regola del *due process of law* contenuta nel XIV emendamento della Costituzione americana<sup>102</sup>.

Nel caso *State Farm* la Corte riprende, quasi letteralmente, le argomentazioni del caso *Gore*. Ai fini della concessione dei danni punitivi, essa ritiene fondamentali tre criteri: 1) il grado di repressibilità della condotta del danneggiante, con conseguenze differenti, sul piano della quantificazione dei danni punitivi, a seconda che la lesione sia stata inflitta con dolo o con colpa grave; 2) i limiti costituzionalmente rilevanti nella proporzione esistente tra *compensatory* e *punitive damages*: il rapporto, cioè, non deve superare di dieci volte la somma concessa a titolo di *compensatory damages*; 3) il rapporto esistente tra quanto concesso a titolo di danni punitivi ed altre sanzioni applicabili in casi omogenei, quali le sanzioni penali: confermata l'autonomia dei due giudizi, civile e penale, la Corte conclude che i danni punitivi non possono essere considerati surrogato delle sanzioni penali e, pertanto, vanno contenuti malgrado il forte disvalore della condotta.

Il quadro delle pronunce della Suprema Corte in tema di *punitive damages* si è completato nel 2007 con la decisione *Philips Morris USA v. Williams*<sup>103</sup> in cui è stata ravvisata la violazione della clausola costituzionale del *due process of law* nella concessione, da parte della giuria di una Corte statale, di danni punitivi volti a sanzionare il pregiudizio cagionato a soggetti non presenti nel giudizio<sup>104</sup>, potendo tuttavia tenersi conto di tali condotte ai fini della valutazione della riprovevolezza della condotta e della conseguente quantificazione del danno rispetto al soggetto che sia parte.

<sup>100</sup> Riguardante il divieto di imporre sanzioni pecuniarie eccessive.

<sup>101</sup> Testualmente: "There is no federal guarantee that damages awarded actually be reasonable".

<sup>102</sup> Il XIV emendamento dichiara che nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*), né rifiuterà a chiunque l'eguale protezione delle leggi (*the equal protection of the law*) nei limiti della sua giurisdizione. Sul tema v. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 315 ss.

<sup>103</sup> *Philips Morris USA v. Williams*, in 549 U.S. (2007) del 20 febbraio 2007.

<sup>104</sup> In quel giudizio il verdetto venne deliberato con una maggioranza di cinque giudici favorevoli contro quattro sfavorevoli: l'*opinion* approvata a maggioranza e le varie *dissenting opinions* sono reperibili, in Internet, all'indirizzo <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>.

## 6. Cenni sui danni punitivi nell'ordinamento italiano

Nel nostro ordinamento i danni punitivi non hanno sinora trovato riconoscimento ufficiale, né a livello legislativo né a livello giurisprudenziale.

È stato rilevato da parte della dottrina<sup>105</sup> come il riconoscimento del potere del giudice di imporre danni punitivi si porrebbe in contrasto con il principio di legalità, sia per l'assenza di una disposizione legislativa che li contempli, sia per la mancanza di criteri per la loro quantificazione e ciò in contrasto con l'art. 25, 2° comma, Cost., secondo cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso", e con l'art. 23 della Costituzione, che prevede la riserva di legge con riferimento all'imposizione di ogni prestazione personale o patrimoniale.

A livello giurisprudenziale persiste un sentimento di diffidenza nei confronti dei danni punitivi benché fondato su differenti argomentazioni. La Corte di Cassazione in una sentenza del 2007<sup>106</sup> – ha confermato una sentenza della Corte d'Appello di Venezia<sup>107</sup> che, a propria volta, aveva negato la delibazione di una sentenza della *District Court* della contea di Jefferson (Alabama), prevedente la condanna al pagamento di un milione di dollari a carico della società produttrice (FIMEZ s.p.a.) del casco protettivo, usato dal conducente di una motocicletta, per difetto di costruzione e progettazione della fibbia di chiusura che aveva provocato gravissime lesioni al conducente in un incidente stradale. La Corte d'Appello di Venezia aveva respinto la domanda di delibazione della sentenza di condanna a titolo di danni punitivi, ritenendola in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

Secondo i giudici di legittimità, il concetto stesso di "punizione", sotteso all'istituto dei danni punitivi, esula dai compiti della responsabilità civile, guardando esclusivamente alla posizione del danneggiante e non possedendo alcuna relazione con il danno effettivo subito dalla vittima. L'unica funzione del sistema italiano di responsabilità civile, secondo la Corte di Cassazione, è la riparazione del danno attraverso l'equivalente monetario: "finalità deterrenti risultano estranee e hanno rilevanza solamente negativa per l'ordinamento".

Queste affermazioni sono state ritenute in dottrina<sup>108</sup> lontane dalla dinamica dell'odierno sistema di responsabilità civile, che, pur maturando una valenza riparatoria sempre più forte e precisa, si confronta con altre finalità, diverse dalla mera riparazione del danno<sup>109</sup>, tra cui la funzione di generale prevenzione nei confronti dei fatti illeciti.

<sup>105</sup> V. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit.

<sup>106</sup> Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro It.*, 2007, I, 1460 ss. Con nota di PONZANELLI: *Danni punitivi: no, grazie*.

<sup>107</sup> Corte App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *Delibazione*, n. 29, annotata da D. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 771; sul punto v. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a 'punitive damages'*.

<sup>108</sup> Così PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit.

<sup>109</sup> Per approfondimenti sul tema delle funzioni della responsabilità civile v. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1999; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trat-*

## 7. Considerazioni conclusive

Attraverso gli spunti qui richiamati, emergono elementi interessanti in ordine al modo in cui è avvenuto il recepimento, peraltro ancora in atto, da parte del nostro ordinamento, degli esposti modelli stranieri.

Si nota, cioè, che il processo di uniformazione tra gli ordinamenti, in particolare tra quello italiano e quelli di *common law*, sia inglese che nord-americano, avviato mediante l'imitazione di istituti originariamente sconosciuti al nostro ordinamento, è in una fase sempre più avanzata seppur necessiti di interventi integrativi e correttivi idonei a restituire ad essi la loro originaria e congenita funzione, talora inevitabilmente stravolta nel corso del fenomeno circolatorio.

In primo luogo, con riferimento alla *class action*, appaiono numerosi i punti di contatto tra la disciplina italiana, di recente introduzione, e quella inglese nonché tra quella italiana e quella statunitense.

Sotto il primo profilo si nota l'analoga scelta del meccanismo di *opt-in* – piuttosto che di *opt-out* – operata sia nell'ordinamento inglese che nel nostro, meccanismo che, per le ragioni in precedenza accennate, non sembra incentivare in entrambi gli ordinamenti la partecipazione di tutti i soggetti potenzialmente interessati all'azione giudiziaria<sup>110</sup>.

In secondo luogo, in un'ottica di comparazione con l'ordinamento statunitense, con riferimento al ruolo del giudice, si rileva che la sua tradizionale centralità in quel sistema sembra pian piano – grazie alle più recenti riforme – cedere il passo ad una più limitata funzione di verifica dell'esistenza delle condizioni di proponibilità della *class action* – o, nell'ipotesi di accordo transattivo, della sua correttezza, ragionevolezza e adeguatezza – simile alla funzione del giudice continentale, e l'intera disciplina della *Rule 23* è oggi chiaramente tesa alla completa salvaguardia della sfera giuridica dei membri della classe, siano parti o meno del giudizio.

La stessa introduzione del procedimento di appellabilità della *certification* nel sistema americano, la c.d. *decertification*, da un lato, e la previsione di un filtro di ammissibilità dell'azione collettiva con l'attribuzione di più ampi poteri giudiziali nel sistema italiano, dall'altro, possono essere considerate espressioni speculari di un processo di graduale convergenza tra la disciplina statunitense e quella italiana.

Quanto ai danni punitivi, non sono esigui gli ostacoli ad una loro piena recezione nel sistema italiano, nel quale stentano a fare ingresso anche a livello giurisprudenziale. Parallelamente nello stesso sistema americano – come accennato in precedenza – si sta diffondendo un atteggiamento di prudenza nei confronti di un istituto per decenni

---

tato di diritto privato, diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2005; FRANZONI, *L'illecito civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004; SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, cit.

<sup>110</sup> A tal proposito si è detto efficacemente in dottrina che l'azione di classe del nostro art. 140 *bis*, di recente modificato, “non deduce l'interesse di tutti i titolari dei diritti omogenei, ma solo il suo proprio [...] In tal modo non si avrà mai alcuna azione di classe, ma solo un insieme di azioni individuali, di gestione più o meno semplice sul piano del rito, ma non un'azione collettiva nella quale viene tutelato l'interesse di un gruppo unitariamente considerato”: così VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e Impresa*, 2010, I, 6.

utilizzato illimitatamente soprattutto a livello di *state law* e ciò grazie alla più recente giurisprudenza della Corte Suprema Federale che pone – tra gli ostacoli alla sua incondizionata applicazione – quello della violazione del principio costituzionale del *due process of law*, seppur la diffidenza della giurisprudenza statunitense si mostri non tanto rispetto alla generale funzione deterrente-afflittiva dell'istituto – come avviene nella nostra giurisprudenza di legittimità – quanto con riferimento alla quantificazione del loro ammontare.

Si è allora affacciata in dottrina l'ipotesi del cumulo degli strumenti di deterrenza, attraverso il rinvio all'istituto della *class action* ai fini della configurabilità dei c.d. danni punitivi, richiesti in forma collettiva anziché individualmente, ai fini del contenimento del loro ammontare complessivo<sup>111</sup>, in modo da soddisfare tanto l'interesse dei membri della classe – in termini di facilitazioni all'accesso alla giustizia – tanto della controparte convenuta – nel senso dell'abbattimento dei costi processuali – nonché l'interesse pubblico alla razionalizzazione dell'impiego delle risorse giurisdizionali.

Ma questa soluzione, a ben vedere, non sembra risolutiva tanto nell'ordinamento statunitense, in cui la recente decisione del caso *Williams* prima citato è stata ritenuta ostacolo al riconoscimento dei danni punitivi rispetto ai componenti passivi del gruppo nell'azione collettiva, quanto nel nostro ordinamento posto che, per riconoscere la legittimità di tale istituto, si dovrebbe, a monte, abbandonare il tradizionale e consolidato principio dell'esclusività della funzione riparatrice della responsabilità civile.

---

<sup>111</sup> V. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, cit., 249-250.